



## Tilburg University

### Wetenschappelijk commentaar op grondwet artikel 16

Kooijmans, T.

*Published in:*  
Nederland Rechtsstaat

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Kooijmans, T. (2013). Wetenschappelijk commentaar op grondwet artikel 16: Nulla poena. *Nederland Rechtsstaat*, 1-5.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Artikel 16 - Nulla poena**

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

**Editie maart 2013**

**Inhoudsopgave**

1. Historisch overzicht
2. Historische ontwikkeling
3. Reikwijdte van artikel 16 als grondwetsbepaling; strafbaar feit
4. Inhoud: legaliteit ten aanzien van strafbaarheid en sanctie
5. Relevant verdragsrecht
6. Beperkingen en uitzonderingen; additioneel artikel IX
7. Jurisprudentie
8. Literatuur

**1. Historisch overzicht<sup>[1]</sup>:**

Geen historie.

**2. Historische ontwikkeling**

Hoewel de bepaling van artikel 16 Grondwet (Gw) eerst in 1983 in de Grondwet is opgenomen, betreft het een oud beginsel dat in letterlijk dezelfde bewoordingen vanaf 1881 in (het in 1886 in werking getreden) artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht (Sr) te vinden is.<sup>[2]</sup> Met de codificatie in aanvankelijk het Wetboek van Strafrecht en later ook de Grondwet is specifiek voor het materiële strafrecht tot uitdrukking gebracht dat overheidsoptreden waarbij macht wordt uitgeoefend jegens burgers, een voorafgaande wettelijke grondslag moet hebben.<sup>[3]</sup> Het aldus verwoorde legaliteitsbeginsel heeft zijn functie van hoeksteen (in de zin van dragende pijler) van de democratische rechtsstaat en – daarmee ook – van hoeksteen van het strafrecht verworven in het Verlichtingsdenken. Om die reden is het beginsel prominent aanwezig in La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen van 1789.<sup>[4]</sup>

In de Proeve werd nog niet voorgesteld een bepaling als die van artikel 16 in de Grondwet op te nemen. De Staatscommissie-Cals/Donner was evenwel van mening dat een dergelijke bepaling in de Grondwet wenselijk was. Onder verwijzing naar artikel 7 EVRM betoogde zij dat een nadere rechtsbasis voor toetsing van wettelijke voorschriften aan het legaliteitsbeginsel in de Grondwet geboden zou moeten worden. Een minderheid van de staatscommissie vond dit niet nodig: de mogelijkheid van een dergelijke toetsing aan artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM was voldoende.<sup>[5]</sup> Bij de grondwetsherziening van 1983 klonken nog echo’s door van die minderheid in de staatscommissie. De Raad van State achtte het voorgestelde artikel overbodig en ook in de Tweede Kamer werd twijfel geuit aan de noodzaak het als een grondrecht op te nemen.<sup>[6]</sup> Toch werden de bewindslieden – die een parlementaire meerderheid aan hun zijde hadden – er hierdoor niet van ‘overtuigd, dat het opnemen van een zo belangrijk beginsel in de Grondwet moet worden nagelaten’.<sup>[7]</sup>

**3. Reikwijdte van artikel 16 als grondwetsbepaling; strafbaar feit**

Door de herhaling van artikel 1 lid 1 Sr in artikel 16 Gw kan niet dan via (de in Hoofdstuk 8 van de Grondwet voorziene procedure van) een grondwetswijziging van het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel worden afgeweken. In zoverre is sprake van een zekere, formele toegevoegde waarde als grondrecht. De wet in formele zin waarin strafbepalingen zijn opgenomen, kan echter door het toetsingsverbod van artikel 120 Gw niet aan artikel 16 Gw worden getoetst.<sup>[8]</sup> Aan laatstgenoemde situatie zou wellicht een einde kunnen komen nu er op initiatief van het kamerlid Halsema in de eerste lezing van de procedure van grondwetsherziening een wet in het Staatsblad is verschenen die de invoering in overweging neemt van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, welke bevoegdheid de mogelijkheid incorporeert dat wetgeving in formele zin aan artikel 16 Gw wordt getoetst.<sup>[9]</sup>

Het begrip ‘strafbaar feit’ is bij de grondwetsherziening van 1983 niet aan de orde gekomen in verband met de behandeling van artikel 16 maar wel in het kader van artikel 113. Toen is echter weinig helderheid geboden. Beide artikelen staan wel met elkaar in verband. Artikel 113 behoudt de berechting van ‘strafbare feiten’ voor aan de rechter. Onder strafbare feiten moeten worden verstaan feiten die in enigerlei algemene regeling strafbaar zijn gesteld: gedragingen die op straffe verboden zijn. Het gaat om feiten die in algemene strafwetgeving als het Wetboek van Strafrecht, dan wel in wetten of lagere algemene regelingen strafbaar zijn gesteld.<sup>[10]</sup> De formele classificatie is aldus bepalend. Met ‘strafbare feiten’ in de zin van artikel 113 worden derhalve geen feiten bedoeld die (louter<sup>[11]</sup>) via het bestuursrecht kunnen worden bestraft.<sup>[12]</sup> Zonder nadere redengeving is dan niet aannemelijk dat aan het adjectief ‘strafbaar’ in artikel 16 Gw een ruimere, materiële betekenis moet worden toegeschreven. Dat hetzelfde begrip in twee grondwetsartikelen een verschillende betekenis zou hebben, is namelijk niet zonder meer begrijpelijk en evenmin wenselijk. Daarmee wil echter niet gezegd zijn dat het beginsel achter artikel 16 Gw niet dezelfde werking zou kunnen worden toegedicht voor andere vormen van bestraffing dan die binnen het strafrecht.<sup>[13]</sup> Deze stand van zaken illustreert de geringe normatieve kracht die (de tekst van) de Grondwet – althans op dit punt – heeft voor het strafrecht.<sup>[14]</sup>

Het ligt voor de hand bij de uitleg van het begrip ‘strafbaar feit’ in de eerste plaats terug te grijpen op de regeling waaraan het artikel ontleend is, het Wetboek van Strafrecht.<sup>[15]</sup> Strafbare feiten zijn feiten waartegen strafvervolgning mogelijk is; ook samenspanning, voorbereiding, poging en deelneming vallen eronder.<sup>[16]</sup>

**4. Inhoud: legaliteit ten aanzien van strafbaarheid en sanctie**

Groenhuijsen somt als grondslagen van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel op het schuldgezichtspunt (een persoon mag niet worden

bestraft als hij niet wist noch kon weten dat wat hij deed, strafbaar was), het wetsbegrip (wetgeving bevat algemene regels, die bij herhaling doch zonder terugwerkende kracht kunnen worden toegepast op in beginsel alle (categorieën) burgers), het mensbeeld van de homo economicus (een rationele, calculerende burger kiest in dit mensbeeld voor strafbaar gedrag als naar verwachting de voordelen ervan de nadelen overtreffen), het strafbegrip (publieke leedtoevoeging met als doel dat de betrokkene voortaan meer geneigd zal zijn tot normconform gedrag), de rechtsstaatgedachte (publieke machtsuitoefening moet onderworpen zijn aan rechtsregels), het vrijheidsbegrip (toegestaan is datgene dat niet verboden is) en het rechtszekerheidsbegrip (het individu moet de rechtsgevolgen van (voorgenomen) handelingen kunnen berekenen).<sup>[17]</sup> <sup>[18]</sup>Groenhuijsen illustreert dat het autoritaire strafrecht in Nazi-Duitsland gebaseerd is op dezelfde gezichtspunten, die in de opvatting van dat regime eenzelfde functie hebben in de verhouding tot het legaliteitsbeginsel.<sup>[19]</sup> Met het kennelijke oogmerk om in de toekomst uitwassen te voorkomen die samenhangen met het op een dergelijke wijze hanteren van gezichtspunten die aan legaliteit ten grondslag liggen, betoogt dat een materiële invulling van het ‘rechtsbeschermingsverschaffende grondschema van onze rechtsstaat’ vereist is, en wel in drieërlei zin: verantwoordelijkheid als normatief begrip (materiële maatstaven terug te voeren op in elk geval rechtvaardigheid), verantwoording afleggen over het gebruik van bevoegdheden en verantwoordelijk stellen in de zin van het opleggen van sancties indien onrechtmatig is opgetreden. Dit laatste element illustreert dat materieelrechtelijke en formeelrechtelijke aspecten van legaliteit als voorwaarde voor strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, tot op zekere hoogte hand in hand gaan.<sup>[20]</sup>

Naar algemene opvatting kent het in artikel 16 Gw en artikel 1, eerste lid, Sr gecodificeerde materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel vier deelnormen<sup>[21]</sup>, die tezamen ook wel worden aangeduid als *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. Als zodanig betreft het een door Von Feuerbach geformuleerd product van de Verlichting dat op strafrechtelijk terrein de rechtsstaatgedachte belichaamt.<sup>[22]</sup> Als eerste deelnorm wordt wel genoemd *nullum crimen sine lege*. Dit betreft een tot de wetgever gerichte instructienorm die inhoudt dat justitiabelen slechts mogen worden gestraft wegens gedrag dat als zodanig voorafgaand aan het plegen ervan door de wetgever als strafbaar gedrag is omschreven met een zekere mate van duidelijkheid en precisie. Gelet op dit laatste wordt het zogenoemde *lex certa*-beginsel (ook wel aangeduid als bepaaldheidsgebod of Bestimmtheitsgebot) geacht onderdeel uit te maken van deze deelnorm.<sup>[23]</sup> De tweede deelnorm betreft *Nulla poena sine lege*. Dit is een vooral tot de rechter<sup>[24]</sup> gerichte instructienorm dat hij voor het plegen van het feit geen andere en/of zwaardere straf kan opleggen dan die waarin is voorzien ten tijde van het begaan van dat feit. Zoals Kelk het uitdrukt: ‘ook het sanctiestelsel behoeft codificatie’.<sup>[25]</sup> Naar de letter van van de (Grond)wet is het *nulla poena sine lege*-beginsel (geen straf zonder wet) niet opgenomen in artikel 16. Niettemin wordt dit beginsel naar algemene opvatting wel geacht daarin te zijn besloten.<sup>[26]</sup> In het verlengde van de eerste twee deelnormen ligt *nulla poena sine lege praevia* als derde deelnorm: het verbod van terugwerkende kracht, zijnde een instructienorm voor wetgever en rechter dat zij geen feiten binnen de reikwijdte van de strafwet brengen die zijn begaan vóór de inwerkingtreding van die wet. De vierde deelnorm betreft het analogieverbod en het verbod van te extensieve interpretatie: een rechter mag een delictsomschrijving of een bestanddeel daarvan niet zodanig ruim uitleggen dat een gedraging of omstandigheid onder de reikwijdte van die delictsomschrijving wordt gebracht terwijl de bewoordingen daarvan geen aanleiding daartoe geven.<sup>[27]</sup>

Zoals hierboven naar voren kwam, richt (zowel artikel, eerste lid, Sr als) artikel 16 Gw zich in zijn beschermende functie ten dele tot de wetgever en ten dele tot de rechter. Als algemene noemer kan worden opgemerkt dat het *nulla poena*-beginsel de wetgever en de rechter opdraagt de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid van het materiële strafrecht te garanderen.<sup>[28]</sup> Die inzichtelijkheid en voorspelbaarheid vormen de grondslag van het verwijt dat de burger in de op te leggen straf binnen ons schuldstrafrecht<sup>[29]</sup> moet kunnen worden gemaakt.<sup>[30]</sup> Zo bezien krijgt artikel 16 Gw betekenis voor alle kwesties aangaande de vormgeving van strafrechtelijke aansprakelijkheid van burgers, ook al beperkt binnen het strafrecht de wettelijke strafbepaling zich tot de aanwijzing van het strafbare gedrag en de (maximale) sanctie. Daarmee zijn doorgaans echter nog niet alle voorwaarden voor strafbaarheid vervuld en evenmin is daarmee de mogelijke sanctie concreet bepaald. Ook voor de vormgeving van die nadere voorwaarden en de mogelijke sanctionering in het materiële strafrecht heeft artikel 16 Gw betekenis.

Uit de tekst van artikel 16 Gw vloeit met zoveel woorden voort dat de strafbaarheid ter zake van bepaalde gedragingen moet berusten op een aanwijzing als zodanig door de wetgever. Een grondslag in een wet in formele zin is niet vereist op grond van artikel 16 Gw, maar wel gelet op artikel 89 Gw.<sup>[31]</sup> De strafrechter controleert het vereiste van een wettelijke strafbepaling bij zijn kwalificatiebeslissing.<sup>[32]</sup> Als geen (verbindende) strafbepaling voorhanden is, dan wordt de verdachte ter zake van de bewezen verklaarde gedraging ontslagen van alle rechtsvervolging.<sup>[33]</sup> In geval van veroordeling moet de strafrechter in zijn uitspraak de betreffende strafbepaling aanwijzen.<sup>[34]</sup>

De regel van artikel 16 Gw drukt aldus uit dat het primaat bij de bepaling van hetgeen strafbaar is bij de wetgever ligt, en niet bij de rechter. Niet alleen is de wetgever het democratisch gelegitimeerde orgaan, maar ook de eis van gelijkheid van allen voor de wet (de algemene en gelijke toepassing op gelijke gevallen) dwingt tot dit primaat.<sup>[35]</sup> Zo geformuleerd richt artikel 16 zich ook tot de rechter als geadresseerde van de regel en heeft de rechter zich te onthouden van het creëren van strafbaarheid op grond van een analogische interpretatie van strafbepalingen, als aangenomen moet worden dat de wetgever zich niet over de strafbaarheid van het analoge geval heeft uitgelaten.<sup>[36]</sup> En hoewel het *nulla poena*-beginsel minder sterke werking heeft bij rechterlijke beslissingen ten voordele van de verdachte, moet worden aangenomen dat het op gespannen voet zou staan met dat beginsel indien de rechter, bij wege van algemene uitspraak, de door de wetgever aangenomen strafbaarheid van bepaald gedrag in bepaalde situaties zou opheffen door middel van het aanvaarden van ongeschreven rechtvaardigingsgronden.<sup>[37]</sup>

Dit laatste verklaart vermoedelijk waarom het arrest inzake de Huizer veearts – in welk arrest de ongeschreven rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid een centrale rol vervult – als een witte raaf moet worden beschouwd.<sup>[38]</sup> Ook bijvoorbeeld euthanasie is niet op basis van een rechterlijke uitspraak in het algemeen en zonder meer gerechtvaardigd. Wel is aanvankelijk een geschreven rechtvaardigingsgrond – overmacht in de zin van noodtoestand: artikel 40 Sr – opgerecht.<sup>[39]</sup> Artikel 16 Gw dwingt er evenwel toe om de beslissing om euthanasie onder omstandigheden niet meer strafbaar te achten, aan de wetgever te laten. De wetgever heeft zijn verantwoordelijkheid op dit punt inmiddels genomen en heeft voorzien in een regeling in artikel 293, tweede lid, Sr die bewerkstelligt dat de arts die handelt overeenkomstig de procedurele regeling waaraan in artikel 293, tweede lid, Sr wordt gerefereerd, straffeloos blijft.<sup>[40]</sup>

In het verlengde van de eis van voorspelbaarheid van strafbaarheid ligt de eis dat de wettelijke strafbepaling (en de inwerkingtreding daarvan) aan het begaan van het strafbare gedrag vooraf moet gaan. Het is de wetgever verboden aan een strafbepaling terugwerkende kracht te verlenen. In dit aspect van het *nulla poena*-beginsel is artikel 16 Gw de uitdrukking van een algemene rechtsstatelijke regel dat de onderdaan belastende voorschriften geen terugwerkende kracht hebben.<sup>[41]</sup> Toch ligt het zwaartepunt ervan in het materiële strafrecht en ook daar heeft het niet een absolute werking.<sup>[42]</sup>

Een volgend aspect dat ten aanzien van de voorafgaande wettelijke strafbepaling als voorwaarde voor strafbaarheid aandacht vraagt, is dat de strafbepaling voldoende moet zijn bekendgemaakt. Zie artikel 88 en artikel 89, derde lid, Gw en voor gedecentraliseerde wetgevers bijvoorbeeld artikel 139, eerste lid, Gemeentewet. De met de eis van kenbaarheid van strafbaarheid verbonden voorwaarde van bekendmaking impliceert dat strafbaarheid alleen kan bestaan ter zake van in Nederland bekendgemaakte (en in de Nederlandse taal geformuleerde) strafbepalingen.<sup>[43]</sup>

Een internationaal geïnspireerde strafbaarstelling op grond van bijvoorbeeld een verdrag moet derhalve in een Nederlandse strafbepaling worden vertaald.<sup>[44]</sup> Een dergelijke wijze van strafbaarstelling ten aanzien van door de Europese Unie uitgevaardigde regelgeving is soms betrekkelijk

eenvoudig. Zo bevat de Wet op de economische delicten (WED) in artikel 1 sub 4 als strafbaarstelling een aantal overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens EU-Verordeningen. Toch is in bredere zin de toenemende ‘europeanisering’ van het (materiële) strafrecht niet onproblematisch vanuit het perspectief van legaliteitsbeginsel. In de literatuur wordt in dit verband aandacht gevraagd voor de plicht die op grond van Europese regelgeving op de nationale wetgever rust, om vaag, open of ruim geformuleerde strafbaarstellingen te introduceren, terwijl de strafrechter op zijn beurt verplicht is om het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen, (zelfs) ook indien de nationale wetsgeschiedenis in een andere richting wijst dan het resultaat dat met conforme interpretatie wordt bereikt.<sup>[45]</sup>

De eis van inzichtelijkheid van het materiële strafrecht gaat verder dan de enkele eis van een geschreven wettelijke strafbepaling. Die inzichtelijkheid gaat alsnog verloren als de strafbepaling in haar bewoordingen voor de burger te vaag is om daaruit op eenvoudige wijze te kunnen afleiden welk gedrag strafbaar is. Artikel 16 Gw vraagt dan ook, net zoals zijn strafrechtelijke evenknie van artikel 1, eerste lid, Sr, om een zo nauwkeurig mogelijke delictomschrijving. Hierboven kwam al aan de orde dat dit ook wel wordt uitgedrukt met de termen *lex certa*, *Bestimmtheitsgebot* en ‘bepaaldheidsgebot’.<sup>[46]</sup> Zeer nauwkeurige delictomschrijvingen zijn niet altijd te realiseren: open omschrijvingen van het strafbare gedrag zijn nogal eens onvermijdelijk.<sup>[47]</sup> Dergelijke begrippen zijn wel vaak op grond van een onderliggend geheel van normen in regelgeving en jurisprudentie nader geëxpliciteerd.<sup>[48]</sup> Daarbij speelt de rechterlijke interpretatie van dergelijke delictomschrijvingen een belangrijke rol.

Hiervoor is reeds aan de orde gesteld dat niet elke methode van interpretatie in verband met artikel 16 Gw acceptabel wordt geacht: algemeen wordt aanvaard dat toepassing van strafbepalingen naar analogie niet is toegestaan ten nadele van de verdachte.<sup>[49]</sup> Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat een interpretatie van een delictomschrijving die de voorspelbaarheid van strafbaarheid van bepaald gedrag geweld aandoet, niet is toegelaten. De Hoge Raad heeft in dit verband in 2000 in het zogenoemde Krulsla-arrest geoordeeld dat het bepaaldheidsgebot inhoudt dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft; de rechtszekerheid eist dit. Daarom mag, aldus de Hoge Raad, van de wetgever worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Daarbij moet volgens het rechtscollège niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt. Daarbij merkt het rechtscollège op dat, indien het om professionele marktdeelnemers gaat, mag worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen.<sup>[50]</sup> Voorts kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat ook de omschrijving (in de verbodsbepaling of strafbepaling) van de plaats waar het verboden gedrag plaatsvindt, kan bijdragen aan het oordeel dat de desbetreffende norm voldoende concreet is omschreven.<sup>[51]</sup> Op zichzelf is dit laatste voor discussie vatbaar: de enkele omschrijving van een plaats waar in vage bewoordingen omschreven gedrag ontoelaatbaar wordt geacht, maakt niet duidelijk(er) welk gedrag dan precies strafbaar is. Het is vermoedelijk tegen deze achtergrond dat de Hoge Raad in het arrest Onbehoorlijk gedrag dan ook overwoog dat ‘het voorts betreft een norm die, in de bewoordingen van het Europese Hof voor de rechten van de mens in zijn arrest van 26 april 1979, [NJ 1980, 146](#), is ‘inevitably couched in terms which... are vague and whose interpretation and application are questions of practice’.<sup>[52]</sup> Dit standpunt spreekt (meer) aan omdat er, zoals De Hullu terecht oordeelt, bij het hier in het geding zijnde openbaar vervoerdelict vermoedelijk honderden gedragingen zijn waarvan het de bedoeling is dat ze onder de norm vallen en de wetgever dan ook bijna niet anders kan dan de delictomschrijving open formuleren.<sup>[53]</sup> Waar uit het Krulsla-arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het bepaaldheidsgebot op zichzelf erkent, kan uit het voorgaande evenwel ook worden afgeleid dat de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid lang niet altijd een rol van betekenis speelt.<sup>[54]</sup>

Wellicht is het tegen deze laatste achtergrond dat Mevis en De Lange in hun noot onder het Mensenroof-arrest van 2001 betogen dat aan de grammaticale interpretatiemethode ‘een zekere preponderante betekenis toekomt’.<sup>[55]</sup> Volgens deze auteurs dankt deze interpretatiemethode haar betekenis aan haar achtergrond die gevormd wordt door de band met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zoals dat in artikel 1, eerste lid, Sr is neergelegd en in 1983 als grondrecht in artikel 16 Gw is herhaald. De kern van het legaliteitsbeginsel wordt in deze visie gevormd door de waarborg die daarin besloten ligt dat de essentie van de strafrechtelijke aansprakelijkheid bij algemene, op rechtsgelijkheid en rechtseenheid gerichte regel, afkomstig van een democratisch gecontroleerde wetgever, wordt vastgelegd. De grammaticale interpretatie staat hier in het licht van het respect dat van de rechter wordt gevraagd voor de invloed en het woord van de wetgever.<sup>[56][57]</sup>

Hoewel dat laatste niet onjuist is, maakt dat de taak van de rechter er niet eenvoudiger op in de gevallen waarin hij bijvoorbeeld wordt geconfronteerd met delictomschrijvingen met een catch all-karakter zoals de strafbaarstelling van witwassen (artikel 420bis-420quater Sr).<sup>[58]</sup> Als (opzet)witwassen is onder meer strafbaar gesteld het verwerven van een voorwerp, wetende dat<sup>[59]</sup> het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. Voor schuldwitwassen geldt dat de dader redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. Op het eerste gezicht vertonen deze op 14 december 2001 in werking getreden witwasbepalingen weliswaar gelijkenis met de ‘klassieke’ helingsbepalingen (artikel 416-417bis Sr), maar de witwasbepalingen kennen een ruimer bereik doordat a) van wetenschap (bij opzetwitwassen als bedoeld in artikel 420bis Sr) onderscheidenlijk een redelijk vermoeden (bij schuldwitwassen als bedoeld in artikel 420quater) van de criminele herkomst van het voorwerp ten tijde van de verwerving ervan nog geen sprake behoeft te zijn; als die wetenschap of dat vermoeden later ontstaat, treedt op dat moment in beginsel strafbaarheid in<sup>[60]</sup>; b) onder ‘een door misdrijf verkregen goed’ in de zin van de helingsbepalingen niet valt het indirect verkregen<sup>[61]</sup> en c) de ‘heler-steler-regel’ – men kan niet een door hemzelf gestolen goed helen – niet van toepassing is<sup>[62]</sup>. Het is daarom mogelijk om (de revenuen van) een eigen misdrijf wit te wassen. Bepaalde onwenselijke consequenties – vooral: een te ruim toepassingsbereik van de betreffende strafbepalingen – die onder meer hiervan het gevolg zijn, zijn in een reeks van beslissingen van de Hoge Raad teruggedrongen.<sup>[63]</sup> Van een vruchtbare ‘dialoog’<sup>[64]</sup> tussen wetgever en rechter zou vervolgens sprake kunnen zijn als de wetgever deze beslissingen zou aangrijpen om de reikwijdte van de witwasbepalingen op legislatief niveau aan een nieuwe beoordeling te onderwerpen.<sup>[65]</sup>

Tegen de achtergrond van het voorgaande kan worden geoordeeld dat het legaliteitsbeginsel van artikel 16 Gw een in acht te nemen grens stelt aan de ontwikkeling waarbij door de wetgever steeds meer aan de rechtsvormende taak van de rechter wordt overgelaten. In een tijd van toenemende maatschappelijke divergentie en multiculturaliteit, die ook moet doorwerken in het materiële strafrecht, is dat niet onproblematisch.<sup>[66]</sup> Zo stelt De Jong zich op het standpunt dat het vertrouwen dat in het materiële strafrecht geformuleerde voorwaarden voor strafbaarheid en straffeloosheid niet ad hoc of naar willekeur worden gewijzigd of verruimd, als belangrijkste functie van het legaliteitsbeginsel binnen het materiële strafrecht weliswaar nog altijd kan bogen op consensus onder de verschillende schrijvers maar dat het beginsel zelf intussen allesbehalve een rustig bezit is.<sup>[67]</sup> De ‘tekortkoming’ van het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel hangt volgens deze auteur samen met de omstandigheid dat het beginsel niet langer kan worden verondersteld spijkerharde, algemene grenzen te kunnen stellen aan de rechterlijke interpretatievrijheid.<sup>[68]</sup> Iedere toepassing van een gegeven norm is afhankelijk van een interpretatie waarin de norm wordt betrokken op de ter juridische waardering voorliggende feiten van het geval, aldus oordeelt De Jong terecht: ‘Vanwege deze afhankelijkheid van interpretatie legt de norm in de toepassing op een nieuwe set feiten ook zijn eigen betekenis en toepassingsbereik in de waagschaal. Hierdoor wordt de abstracte betekenis van de norm geactualiseerd telkens wanneer zij wordt toegepast in concrete gevallen. Deze betekenisactualisering doet geen afbreuk aan de gelding en het gezag van de norm, maar slaat wel de theoretische bodem weg onder een legalistisch denkpatroon volgens hetwelk normen vastliggende betekenissen, waaronder de te beoordelen feiten

zich in doorsnee gevallen eenvoudig laten rangschikken. Dit denkpatroon is te machinaal en dus niet adequaat: de betekenis van een norm ligt niet vast, zij ligt zelfs niet in de norm besloten. Dit impliceert dat aan de eisen van het legaliteitsbeginsel nooit volledig kan worden voldaan.’

## 5. Relevant verdragsrecht

Het nulla poena-beginsel vindt internationaal bescherming in artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR. Het is ook opgenomen in artikel 11, tweede lid, Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, alsmede in artikel 49, eerste lid, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De bepalingen van het Handvest zijn op basis van artikel 51 gericht tot de instellingen, organen en instanties van de EU met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de EU ten uitvoer brengen van de lidstaten. Hoewel dit laatste een belangrijke beperking is, wijst Ouwerkerk erop dat er tegelijkertijd rekening mee moet worden gehouden dat lidstaten geregeld Unierecht ten uitvoer brengen, zonder zich daarvan bewust te zijn.<sup>[69]</sup>

Met name artikel 7 EVRM is hier van belang.<sup>[70]</sup> Als men uitsluitend de eisen van inzichtelijkheid en voorspelbaarheid van strafbaarheid benadrukt, is er geen reden om onder alle omstandigheden vast te houden aan de eis dat strafbaarheid slechts gebaseerd kan worden op een wettelijk voorschrift. Zo werd door het EHRM aangenomen dat in het Verenigd Koninkrijk strafbaarheid van verkrachting binnen het huwelijk voorzienbaar was, ook al had die strafbaarheid zich uitsluitend in de jurisprudentie ontwikkeld.<sup>[71]</sup> In de continentale rechtstraditie is deze benadering niet bruikbaar omdat daarmee aan het in die traditie sterk beleefde primaat van de democratisch gelegitimeerde wetgever afbreuk wordt gedaan.

Ook is de reikwijdte van artikel 7 EVRM breder dan die van artikel 16 Gw. Hiervoor onder 3 is uiteengezet dat artikel 16 Gw slechts betrekking heeft op hetgeen naar nationaal recht onder strafrecht wordt begrepen. Artikel 7 EVRM daarentegen correleert met artikel 6 EVRM. Het in laatstgenoemd artikel opgenomen begrip criminal charge strekt zich niet alleen uit tot hetgeen naar nationaal recht als strafrecht wordt aangeduid, maar ook tot het opleggen van bestraffende sancties in het bestuursrecht. Daardoor wordt de werking van artikel 7 EVRM ook dienovereenkomstig vergroot.<sup>[72]</sup>

Evenals de Hoge Raad stelt het EHRM zich in vaste jurisprudentie – ten aanzien van het onder meer in artikel 7 EVRM verwoorde law-begrip – op het standpunt dat een zekere mate van vaagheid onvermijdelijk is om rigiditeit te voorkomen en het voorschrift ook te kunnen laten functioneren bij gewijzigde omstandigheden. Dat wettelijke voorschriften soms vaag zijn, is volgens het EHRM een logisch gevolg van het uitgangspunt dat wetten een algemeen toepassingsbereik dienen te hebben.<sup>[73]</sup> Dat een door een lidstaat gehanteerde delictomschrijving door het EHRM als te vaag wordt bestempeld, komt slechts hoogst sporadisch voor.<sup>[74]</sup>

Artikel 16 betreft elke strafbepaling die bij wet in materiële zin is gesteld. Het gaat dus ook om strafbepalingen, opgesteld door een andere wetgever dan die in formele zin. In dit opzicht loopt het wetsbegrip van dit grondwetsartikel parallel aan dat van het EVRM en IVBPR.<sup>[75]</sup>

## 6. Beperkingen en uitzonderingen; additioneel artikel IX

Naar de absolute formulering van artikel 16 Gw laat het artikel geen beperkingen of inbreuken toe. Ook de tekst van artikel 103 Gw, artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR inzake de uitzonderingstoestanden laat geen uitzonderingen toe.<sup>[76]</sup> Deze onmogelijkheid moet worden begrepen tegen de achtergrond van de strekking van de onderhavige bepaling. Omdat en voor zover zij de burger tegen de straffende overheid wil beschermen, bestaat evenwel geen bezwaar tegen uitzonderingen op bepaalde normen die uit het artikel voortvloeien, voor zover deze strekken ten voordele van de verdachte. Dat geldt met name in geval de wet na de strafbare gedraging ten gunste van de verdachte is gewijzigd. Artikel 1 lid 2 Sr staat uitdrukkelijk toe de nieuwe bepaling met terugwerkende kracht toe te passen.<sup>[77]</sup> Strikt genomen moet met Knigge worden geoordeeld dat bij artikel 1 lid 2 Sr geen sprake is van een uitzondering op artikel 1 lid 1 Sr.<sup>[78]</sup> Als de voor de verdachte gunstigste bepalingen in de oude wet zijn neergelegd, moet zowel op grond van artikel 1 lid 1 Sr als op basis van artikel 1 lid 2 Sr de oude wet worden toegepast. Als daarentegen de nieuwe wet de gunstigste bepalingen bevat, verzet tekst noch ratio van artikel 1 lid 1 Sr zich tegen toepassing van de nieuwe wet. Er is dan namelijk sprake van een voorafgaande strafbepaling en de toepassing van de gunstigste bepaling strijdt niet met de rechtszekerheidsgedachte. ‘Ware het anders, dan zou artikel 1 lid 2 ongrondwettig zijn, immers niet alleen afwijken van artikel 1 lid 1, maar ook van het gelijkkluidende artikel 16 Gr.w.’<sup>[79]</sup>

Iets kwestieuzer is het opzij zetten van het verbod van terugwerkende kracht bij de strafbaarstelling van gedragingen die een grove schending van ook internationaal beschermde rechten van individuen opleveren. Bij de toenemende inzet van strafrechtelijke berechting als methode van optreden tegen deze schendingen achteraf – via onder meer het Joegoslaviëtribunaal, het Rwandatribunaal en het Internationaal strafhof – is dit aspect opnieuw manifest geworden.<sup>[80]</sup> De gedachte is dat elke ‘rechtschapen’ burger bepaalde fundamentele normen, zoals het respect voor andermans leven, ‘verinnerlijkt’ heeft en de strafbaarstelling van schendingen van dergelijke normen derhalve slechts naar de letter terugwerkende kracht heeft. Over de inzichtelijkheid van strafbaarheid ten tijde van het handelen bestaat, gegeven de aard van de handeling, in wezen geen twijfel, zo is de redenering. Desondanks achtte de regering het bij het opnemen van artikel 16 in de Grondwet in 1983 wenselijk om via additioneel artikel IX te voorkomen dat de terugwerkende kracht van de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, gepleegd tijdens de Tweede Wereldoorlog en strafbaar gesteld in het Besluit Buitengewoon Strafrecht<sup>[81]</sup>, in conflict zou komen met artikel 16 Gw. In artikel 27a Besluit Buitengewoon Strafrecht wordt ten aanzien van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, gepleegd tijdens de Tweede Wereldoorlog, bepaald dat deze onder de omschrijvingen van het Handvest van het Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg van 1945 vallen.<sup>[82]</sup> De regering twijfelde (na advies van de Raad van State) niet aan de rechtskracht van het Besluit – het heeft kracht van wet – maar wilde strijdigheid vermijden. Voor de internationale berechting in het kader van bijvoorbeeld het Joegoslaviëtribunaal heeft het additioneel artikel geen betekenis: ter zake gelden bepalingen van internationaal recht.

## 7. Jurisprudentie

- HR 14 februari 1916, NJ 1916/681
- HR 23 mei 1921, NJ 1921/564 m.nt. T
- HR 20 februari 1933, NJ 1933/918 m.nt. T
- EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146 m.nt. E.A. Alkema (Sunday Times v. United Kingdom)
- HR 27 november 1984, NJ 1985/106 m.nt. ThWvV
- HR 2 april 1985, NJ 1985/796
- HR 18 september 1989, NJ 1990/291 m.nt. ‘tH
- HR 23 oktober 1990, NJ 1991/542 m.nt. Sch
- HR 26 mei 1992, NJ 1992/568 m.nt. ‘tH

- EHRM 25 mei 1993, appl.nr. 3/1992/348/421 (Kokkinakis v. Greece)
- HR 8 maart 1994, NJ 1994/412
- HR 21 juni 1994, NJ 1994/656 m.nt. Sch
- EHRM 22 november 1995, NJ 1997/1 m.nt. Kn (C.R. v. United Kingdom)
- EHRM 15 november 1996, appl.nr. 45/1995/551/637 (Cantoni v. France)
- HR 24 juni 1997, NJ 1998/70 m.nt. 'tH
- HR 21 april 1998, NJ 1998/781 m.nt. JdH
- HR 31 oktober 2000, NJ 2001/14
- EHRM 22 maart 2001, appl.nos. 34044/96, 35532/97, 44801/98 (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany)
- HR 20 november 2001, NJ 2003/632 m.nt. R. de Lange en Pme
- HR 24 december 2002, NJ 2003/167 m.nt. Sch
- HR 18 januari 2005, NJ 2006/11
- HvJ EU 3 mei 2005, NJ 2006/2 m.nt. M.R. Mok (Berlusconi)
- HR 28 maart 2006, NJ 2006/237
- HR 8 juli 2008, NJ 2011/91 m.nt. A.H. Klip
- HR 30 juni 2009, NJ 2009/481 m.nt. N. Keijzer
- EHRM 17 september 2009, appl.nr. 10249/03 (Scoppola v. Italy)
- HR 12 juli 2011, NJ 2012/78 m.nt. N. Keijzer
- HR 8 november 2011, NJ 2012/202 m.nt. N. Keijzer
- HR 31 januari 2012, LJN BQ9251
- HR 31 januari 2012, LJN BQ6575
- HR 8 januari 2013, LJN BX6909
- HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10 (Fransson)
- HR 12 maart 2013, LJN BZ2653

## 8. Literatuur

- J. Altena-Davidsen, 'De reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie in het strafrecht tegen de achtergrond van de verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde', *Ars Aequi* 2012, p. 552-561
- P.C. Bogert, 'Proceduralisering als rechtsgoederenbescherming. Iets over conflicterende normenstelsels en bijzondere strafuitsluitingsgronden', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 97-115
- P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schuldsluiting: de bijzondere strafuitsluiting in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005
- M. Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court* (diss. Tilburg), Antwerpen: Intersentia 2002
- M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-69
- M.J. Borgers, 'De grenzen van het Rijk in Europa en de grenzen van de interpretatievrijheid van de strafrechter', *DD* 2004, 44, p. 590-601
- M.J. Borgers, *De communicatieve strafrechter* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2011
- G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, zevende druk, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2011
- W.N. Ferdinandusse, J.W. Kleffner & P.A. Nollkaemper, 'Origineel of reproductie, internationale strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde', *NJB* 2002, p. 341-349
- P.J.A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, Giessen: Heyer 1808
- M.S. Groenhuijsen, 'Legaliteit als probleem', *NJB* 1982, p. 277-287
- M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987
- M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *DD* 31 (2001), p. 330-346
- A.C. 't Hart, 'Het nulla-poena-beginsel', in: A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns, H.J.M. Jeukens (red.), *Grondrechten* (Jeukens-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 332-345
- D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, vijftiende druk, bewerkt door J. Remmelink*, Deventer: Gouda Quint 1996
- J. de Hullu, 'Het legaliteitsbeginsel in de Straatsburgse spiegel', in: C.H. Brants & C. Kelk (red.), *Er is meer* (Swart-bundel), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 181-190
- J. de Hullu, *Materieel strafrecht, vijfde druk*, Deventer: Kluwer 2012
- D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht, veertiende druk*, Deventer: Kluwer 2003
- F. de Jong, *Daad-Schuld* (diss. Utrecht), Den Haag Bju 2009
- C. Kelk, 'Het nulla poena-beginsel behoeft opfrissing', in: M.M. Dolman, P.D. Duyx & H.G. van der Wilt (red.), *Geleerde lessen* (Stolwijk-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 95-111
- G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint, 1984
- G. Knigge, 'Van gewijzigd inzicht; de ontwikkeling van het strafrechtelijk overgangsrecht', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1986, p. 171-188
- T. Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002
- T. Kooijmans, 'De toepasselijkheid van artikel 1 lid 2 Sr bij wijzigingen in het sanctiestelsel', *DD* 2006, 69, p. 987-1006
- T. Kooijmans & M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boetep plafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit', *DD* 2012, 65, p. 683-701
- F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *Ars Aequi* 2010, p. 641-645
- P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998
- P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1-35
- J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2011
- J.W. Ouwerkerk, 'Het feitsbegrip bij ne bis in idem en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen', *DD* 2012, 47, p. 490-507
- K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 117-130
- Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet* (te kennen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl))
- W.J.M. Voermans, *Legaliteit als middel tot een doel* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2011

